

ad 360/95.
1843
Diff. 2129 (2.
Darstellung des Rechtes
der
GEWISSENS - VERTRETUNG

im gemeinen deutschen Civilprocess

nach

seinem Ursprung und in den heutzutage anzunehmenden Grundsätzen.

Inauguralabhandlung

von

H. C. Kurz,
Dr. jur.

Aschaffenburg.

Verlag von Theodor Pergay.

1843.

Darstellung des Rechtes
der
GEWISSENS - VERTRETUNG

im gemeinen deutschen Civilprocess

nach

seinem Ursprung und in den heutzutage anzunehmenden Grundsätzen.

Inauguralabhandlung

von

H. C. Kurz,
Dr. jur.

Aschaffenburg.

Verlag von Theodor Pergay.

1843.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

GEWISSENS - VERSETZUNG

im gemeinen deutschen Civilproceß

nach

seiner Forderung und in den heutigen Verhältnissen

von

A. C. Meyer

Dr. jur.

Leipzig

Verlag von C. F. Meyer

1883

Bayerische
Staatsbibliothek
München

JOHANNI B. KURZ,

patri optimo.

JONATHAN B. MURPHY.

perit optimo.

V o r w o r t.

Die vorliegende Arbeit entstand in Folge einer von der Königlich Bayrischen Juristenfakultät der Julius-Maximilians-Universität zu Würzburg für das Jahr 18³⁹/₄₀ gestellten Preisfrage :

„Darstellung des Rechtes der Gewissens-
„vertretung im gemeinen deutschen Civil-
„process nach seinem Ursprung, und in den
„heutzutage anzunehmenden Grundsätzen,
„verbunden mit einer vollständigen Prüfung
„und Vergleichung der darüber vorhandenen
„Lehrmeinungen.“

und es wurde durch Fakultätsbeschluss vom 17. August 1840 dem Verfasser „einstimmig
„eine öffentliche Belobung, wegen des in der
„gedachten Arbeit bewährten grossen Fleisses,
„sowie seiner schönen Kenntnisse und klaren
„Darstellungsweise zuerkannt, und in solenner
„Universitätsversammlung am 25. August d. J.,

„als an dem Allerhöchsten Namens- und
 „Geburtsfeste Seiner Majestät des Kö-
 „nigs förmlich vollzogen.“

Indem ich sie der Oeffentlichkeit übergebe,
 nehme ich Veranlassung, meinen Lehrern an
 dieser Hochschule die innigste Hochachtung
 und Dankbarkeit hiemit auszusprechen.

Wiewohl ich mich nicht unterfange, mit
 ausgezeichneten Männern, welche diesen auf
 unsicheren Grund gebauten und verworrenen
 Gegenstand behandelt haben, in die Schranken
 treten zu wollen, so wünsche ich doch zur
 Wahrheit, wenn auch nur wenig, und nach
 Kräften beizutragen.

I n h a l t.

Einleitung.

Kapitel I.

Von dem Ursprunge der Gewissensvertretung.

§. 1. Im Allgemeinen.

§. 2. A. Römisches Recht.

§. 3. — Ob sich die Gewissensvertretung direct aus den Gesetzen ableiten lässt.

§. 4. — Die Gewissensvertretung verträgt sich aber auch weder mit dem römischen Beweisverfahren, noch mit der röm. Natur des Eides.

§. 5. — Ob die Gewissensvertretung im Gerichtsgebrauche ihren Ursprung hat.

§. 6. B. Nach kanonischem Rechte.

§. 7. C. Nach deutschem Rechte.

a. nach den Reichsgesetzen.

§. 8. — b. Nach dem Gerichtsgebrauch.

§. 9. — Verhältniss des römischen Prozesses zum heutigen gemeinen Prozesse in Bezug auf die Gewissensvertretung.

VIII

Kapitel II.

Vergleichung der im gemeinen deutschen Civilprocess vorhandenen Lehrmeinungen über die Gewissensvertr.

§. 10. Begriff und Wesen der Gewissensvertretung.

§. 11. Für wen, und wann ist die Gewissensvertretung zulässig?

§. 12. Ob gegen die Gewissensvertretung ein Gegenbeweis zulässig ist?

§. 13. Welche Beweismittel dürfen zur Gewissensvertretung verwendet werden?

§. 14. Von den Wirkungen der Gewissensvertretung.

E i n l e i t u n g.

Nach dem gemeinen deutschen Civilprozeesse ist es demjenigen, welchem ein Haupteid zugeschoben wird, gestattet, die Wahrheit dessen, was er beschwören soll, durch andere Beweismittel darzuthun zu versuchen. Es wird dieses Recht des Delaten Gewissensvertretung durch Beweis genannt, und der lateinische Ausdruck dafür ist: *Probatio pro exoneranda conscientia* oder *defensio conscientiae per probationem*.

Die Erörterung des vorliegenden Thema gewinnt nicht nur für den Theoretiker an Interesse, wenn er die Verschiedenheit der hierüber vorhandenen Ansichten erwägt, sondern auch in der gemeinrechtlichen Praxis wird die Verfolgung der einen oder anderen Ansicht das Beweisverfahren merklich verschieden gestalten. Wenn man hiezu noch erwägt, dass die Gewissensvertretung, als den Eid ersetzend,

zugleich ein Mittel wird, die ohnediess nur zu häufigen Eidesleistungen zu mindern, und dem Richter statt einer blos formellen Ueberzeugung eine materielle Ueberzeugung zu verschaffen, so dürfte sie mehr Schutz, als Schmälerung in ihrer Anwendbarkeit und Wirksamkeit verdienen.

Die Beantwortung der gestellten Frage umfasst nun vorzüglich zwei Hauptpunkte:

1) Erörterung des Ursprungs der Gewissensvertretung,

2) Darstellung der heutzutage anzunehmenden Grundsätze, welche beide Punkte einer vollständigen Prüfung und Vergleichung der darüber vorhandenen Lehrmeinungen zu unterwerfen sind. Eine nur irgend erfolgreiche Behandlung des zweiten Punktes setzt das Entschiedenesein des ersten voraus, was denn auch hier zuerst versucht werden soll.

I. Kapitel.

Von dem Ursprunge der Gewissens - Vertretung.

§. 1.

Im Allgemeinen.

Der deutsche gemeine Civilprozess ist überhaupt, wie das ganze deutsche Civilrecht ein Produkt aus den drei Hauptquellen, dem deutschen, römischen und canonischen Rechte. Wer einzelne Rechtsinstitute bis zu ihrem Ursprunge verfolgen will, muss dieselben daher auch in diesen drei Quellen aufsuchen, und das Ergebniss jeder am Ende in Verbindung bringen. Ein Zurückgehen in den Rechtsquellen unseres Vaterlandes wird aber um so schwieriger, als gerade die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechtes in Deutschland mit dem Eindringen einer fremden Gesetzgebung gegen Ende des XV. und Anfang des XVI. Jahrhunderts zusammenfällt. Die Juristen jener Zeit bestrebten sich leider sehr eifrig, deutsches Recht mit dem fremden zu verschmelzen, und

das erstere mit dem letzteren zu begründen. Grösseren Einfluss auf den deutschen Prozess als das römische Recht übte unstreitig das canonische. Durch solche Combinationen kam eine endlose Verwirrung in die deutsche Rechtswissenschaft, indem man deutsche Institute nach römischen oft ganz unpassenden Principien formte. Dagegen gelangte man aber auch durch den angeregten wissenschaftlichen Eifer vielfach erst zum Bewusstsein deutscher Rechtseinrichtungen. So auch bei der Gewissensvertretung. Erst durch die Frage, ob sie zulässig sei, ward man aufmerksam gemacht, dass eine solche existire. Da das römische Recht in so grossem Ansehen stand, so suchten vorzüglich die Vertheidiger ihre Ansichten mit Stellen des römischen Rechtes zu belegen, da aber dieses keine direkt dafür sprechenden Stellen enthält, nahm man seine Zuflucht zu Interpretationen und Deduktionen aus der Analogie.

§. 2.

A. Römisches Recht.

Wie schon die Definition der Gewissensvertretung ergiebt, ist sie durch die Eidesde-

lation bedingt. Der Eidesantrag konnte aber nach dem alten römischen Rechte geschehen, entweder vor Anfang des Prozesses — aussergerichtlich —, oder vor dem Prätor (*magistratus*) *in jure*, oder endlich vor den von dem Prätor ernannten Richtern *in judicio*. Die aussergerichtliche Eidesdelation kann hier als eine Privatsache nicht in Betracht kommen, und ein Unterschied zwischen *jus* und *judicium* bestand schon seit geraumer Zeit vor Justinian nicht mehr, und an die Stelle des Prätor und der Richter waren Gerichtshöfe getreten; es handelt sich also hier nur von einer Gewissens-Vertretung, welche gegen einen zugeschobenen gerichtlichen Eid — *juramentum judiciale* — unternommen wird.

Die Begründung der Gewissensvertretung aus dem römischen Rechte wird nun auf verschiedene Art versucht, und zwar

- 1) durch römische Gesetzesstellen, und
 - 2) durch Nachweis, dass sie nothwendig aus dem römischen Beweisverfahren und der Natur des Eides folge,
- die hierüber vorhandenen verschiedene Lehrmeinungen sind nun vor Allem zu prüfen.

§. 3.

Ob sich die Gewissensvertretung direkt aus römischen Gesetzen ableiten lässt?

In vielen Stellen des *corpus juris* ist es ausdrücklich ausgesprochen, dass dem Delaten zwei Wege offen stehen, entweder den deferirten Eid anzunehmen, oder denselben zurückzuschieben,

I. 34. §. 6 u. 7. D. de jurejur. (12. 2.) l. 38
D. h. t. l. 25. §. 1. D. de pecun. const. (13. 5.)
l. 9. C. de reb. credit. et jurejur. (4. 1.)

nirgends aber zur Abwendung des Eides der Beweis des Gegentheils des Beweisthemas. Die bedeutendsten mit der Gewissensvertretung in Verbindung gebrachten Stellen sind folgende:

1) l. 71 D. de rei vindic. (6. 1.) — „*Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero jurare non vult, sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est.*“

vide Martini comm. ad Proc. Saxon. T. XIX. Nr.

5. G. L. Böhmer in elect. jur. civil. exercit.
24. §. 18. not. u. —

da es Sache des Klägers ist, durch eine eidliche Aestimation (*jusjurandum in litem*) der verlorenen Sache dem Richter im gegebenen

Falle den Werth zu bestimmen, der Kläger aber sich von diesem Eide dadurch befreien kann, dass er vom Richter die Schätzung verlangt, und mithin dieses Gesetz demjenigen, welcher eigentlich hätte schwören müssen, erlaubt, auf andere Weise den Sachwerth darzuthun, durch Gewissensvertretung vorzüglich aber erwiesen werden soll, was sonst durch den Eid zu erweisen wäre; so soll die angeführte l. 71. D. eine Art Gewissensvertretung enthalten, und folglich in ihr nachgewiesen sein, dass die Gewissensvertretung bereits den Römern bekannt gewesen sei.

Allein wo von der Gewissensvertretung die Rede sein soll, da muss auch das Gewissen desjenigen, welcher sein Gewissen mit Beweis vertreten will, mit einem Eide belastet sein, oder es muss die Prozessentscheidung durch Eid von ihm gefordert sein. Aber das Gewissen desjenigen, der die eidliche Aestimation einer Sache verweigert, und vom Richter eine gerichtliche Schätzung verlangt, kann man nicht mit einem Eide beschwert nennen, weil ihm ja dieser Eid weder zugeschoben ist, noch sonst auf irgend eine Weise von ihm verlangt

werden kann, denn es ist ihm erlaubt, auf beliebige Art den Werth der Sache zu erweisen, auch ist das *jusjurandum in litem* nur zu Gunsten des Klägers und Beweisführers angeordnet, der es nach freier Wahl annehmen kann, oder nicht, da jeder auf Rechtswohlthaten verzichten darf. Zudem liegt es auch in der Natur der Gewissensvertretung, dass der, welcher sie, um den Eid überflüssig zu machen, unternimmt, jedenfalls andere Beweisgründe beibringen muss, während dieses doch keineswegs dadurch geschieht, dass eine gerichtliche Taxation verlangt wird. Denn hier wird ja die richterliche Autorität und Schätzung selbst Beweis. Das Gesetz will mithin nichts anderes, als dass derjenige, welcher gegen einen *malae fidei possessor* eine Ersatzklage stellt, entweder selbst den Werth der Sache durch den Würderungs-Eid bestimmen, oder die Werthbestimmung dem Richter überlassen darf; auf die Gewissensvertretung ist es aber nicht anwendbar.

2) l. 8. pr. D. de const. instit. (28. 7.)

„*Quae sub conditione jurisjurandi relinquantur, a praetore reprobantur: providit enim,*

ne is, qui sub jurisjurandi conditione quid accepit, aut omittendo conditionem, perderet hereditatem legatumve, aut cogeretur, turpiter accipiendi conditionem jurare. Voluit ergo, eum, cui sub jurisjurandi conditione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis jurisjurandi conditio inseritur: et recte.“

vide: Bauer de defensione pro exoner. consc. in opusc. tom. I. p. 328. Berlichius in conclus. c. XXXII. Nr. 22. Schneidewinus ad Instit. L. IV. T. III. Nr. 92. —

Da hier derjenige, von welchem der Eid doch gleichsam als Bedingung verlangt sei, nicht gehalten ist, denselben zu leisten, soll hierin *implicite* der Ursprung der Gewissensvertretung enthalten sein. Allein in dem Falle, welchen das Gesetz angiebt, ist der Eid erlassen, weil ihn der Prätor als eine *conditio turpis* verwirft

vide l. 20. D. (35. 1.)

und keine weitere Beweisführung verlangt. Beide Punkte sind aber von der Gewissensvertretung verschieden.

3) Ferner glauben Viele den Ursprung der Gewissensvertretung ableiten zu können aus l. 30. pr. D. de jurejur. (12. 2.)

„Eum, qui juravit, ex ea actione, quae infitiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli non dupli persecutionem sibi acquirere, Pedius ait: abunde enim sufficere, exonerare petito rem probandi necessitate, cum omissa hac parte edicti, dupli actio integra maneat. Et potest dici, hoc iudicio non principalem causam exerceri, sed iusjurandum actoris conservari.“

Zum Verständniss dieser Stelle ist Folgendes aus der römischen Gerichtsverfassung auszuheben:

Im römischen Gerichtsgebrauch war es nämlich üblich, dass im Prozesse auch durch den Beklagten der Eid zugeschoben werden konnte, ohne Rücksicht, ob ihm die Beweislast oblag,

l. 9. §. 6 u. 7. D. de jurejur. l. 11. D. eod. wobei noch dieses zu bemerken war: Annahme und Verweigerung war keinem Zwang unterworfen, war der Eid aber angenommen, oder geschworen, so gab der Prätor daraus eine Klage oder Einrede, wie aus einem neuen

Geschäft. Es stand dabei jedem frei, ob er mit der ursprünglichen Klage sein Recht verfolgen, oder aus dem Eide klagen wollte. That er das letztere, so wog sich der Vorthail, den ihm die Befreiung von der Beweislast gewährte, dadurch auf, dass er jetzt nur auf das Einfache klagen konnte, während er es sonst auf das Doppelte gekonnt hätte.*)

Sonst sagt auch die angeführte l. 30. pr. l. c. nichts, als, wenn der Kläger seine Klage, die, sobald sie der Beklagte abläugnet, auf das Doppelte wächst, beschwört, statt sie auf andere Art zu beweisen, so kann er dann nur noch das Einfache ansprechen, denn der Eid ist hier nicht die gewöhnliche, sondern nur eine ausserordentliche Beweisart. Die *ratio* des Gesetzes ist also diese: Wenn der Beklagte läugnet, so wälzt er die Beweislast auf den Kläger, und desshalb gestattet hier das Gesetz dem Kläger als ein *beneficium* für die

*) Hofaker princ. prax. §. 4511. Die Glosse bemerkt zu den Worten: „*cum omissa hac parte edicti etc.*“ „*omissa via probandi per jus iurandum poterit ad duplum lege Aquilia agi.*“

Uebernahme der Beweislast, wenn ihm der Beweis gelingt, das Doppelte der ursprünglichen Klage anzusprechen. Beweist nun aber der Kläger seine Klage nicht, weil ihm Beweismittel fehlen, oder er sie nicht beweisen will, sondern beschwört er sie nur, so hat er damit auch die Beweislast abgewälzt, es hört also mit der *ratio* auch das *beneficium legis* auf.

Es erhellt aus dieser Stelle, dass der Eid hier durchaus nicht als ein *onus* der Parteien erscheint, vielmehr als eine Vergünstigung und Erleichterung, während bei der Gewissensvertretung der Eid als eine Last betrachtet werden muss, zu dessen Abwälzung man lieber einen Beweis durch andere Beweismittel versucht, und mithin lässt sich hierin keine Gewissensvertretung erkennen.

4) Als Beweisstelle wird auch von Einigen hierher gerechnet C. 14. §. 3. de non num. pec. (4. 30.)

„*Illo videlicet semper observando, ut, in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio, vel post taxatum tempus elapsum: in his nec jus iurandum offerre liceat.*“

Das Gesetz verordnet, dass bei einer zwei Jahre alten Schuldverschreibung weder die *exceptio non numeratae pecuniae* vom Beklagten vorgeschützt, noch dem Kläger der Eid darüber zugeschoben werden dürfe. Wenn es demnach nicht gestattet ist, den Beweis nicht geleisteter Zahlung durch diese Einrede zu führen, so soll desshalb auch der Eid als Beweis geleisteter Zahlung nicht zugeschoben werden können, weil die Urkunde, welche das Geständniss der Zahlung enthält, den Delaten von der Eidesleistung befreit. Es soll also hier der Urkundenbeweis mittelst einer zweijährigen Schuldverschreibung den Eid vom Delaten abwenden, da dieser gleichsam durch die Urkunde sein Gewissen mit Beweis vertritt.

Allein der Eid wird hier nur desshalb überflüssig, weil er durch Const. 14 cit. ausdrücklich verboten ist, und nicht blos, weil der Kläger durch Produktion der Schuldverschreibung einen anderen Beweis führt. Die Schuldurkunde vernichtet nach Ablauf von 2 Jahren schon *eo ipso* die *exceptio non num. pec.*, so dass der Producent der Urkunde ausser dieser nichts mehr zu seinem Beweise beizubringen hat, ihm

also auch kein Eid mehr über etwas zugeschoben werden kann, was schon auf andere Art bewiesen ist.

5) Endlich beruft man sich noch auf Const. 12. de reb. cred. et jurejur. (4. 1.)

Diese Stelle hat aber offenbar nur die Absicht, die durch Appellationen veranlassten Verzögerungen der Eidesleistung zu beseitigen. Sie gehört also ihrem Geiste nach mehr in die Lehre der Appellationen, wohin sie auch gestellt sein würde, wenn sie nicht auch Bestimmungen über die Eidesleistung enthielte. Dass darin nichts von der Gewissensvertretung enthalten ist, zeigt schon der §. 1.

„Sed juramento illato, hoc praestetur vel referatur.“

Die Worte *„nihil ad hoc fuerit reluctatus“* beziehen sich auf die in l. 34, l. 5. §. p. u., l. 35. §. 1 u. §. u. l. 18. D. de jurej. (12. 2.) u. l. 8. D. (28. 7.) angegebenen Recusationsgründe, welche schon darum mit der Gewissensvertretung nicht verwechselt werden dürfen, weil sobald ein Recusationsgrund vorhanden ist, der Eid verweigert werden kann, ohne dass Delat gezwungen wäre, irgend einen anderen Beweis an dessen

Stelle zu setzen, d. h. weil der Delat durch sie der Eidesleistung überhoben wird, ohne demselben statt des Eides einen anderen Beweis aufzulegen wie die Gewissensvertretung. So wenig sich aus den angeführten römischen Gesetzesstellen die Gewissensvertretung ableiten lässt, ebensowenig deuten andere Gesetze nur im entferntesten darauf hin, und es ist direkt nirgends eine Sylbe im ganzen *corpus juris* von dem Institute der Gewissensvertretung erwähnt. Bedenkt man aber, dass an vielen Orten die Alternative gestellt ist, den deferirten Eid entweder anzunehmen oder zurückzuschieben, und dass dabei nirgends der Gewissensvertretung, welche doch so sehr in den Prozessgang verzweigt ist, eine Erwähnung geschieht, so ist bei der grossen Genauigkeit der römischen Juristen, nicht leicht anzunehmen, dass sie darüber geschwiegen hätten, wenn die Gewissensvertretung nur irgend in Uebung gewesen wäre.

§. 4.

Die Gewissensvertretung verträgt sich aber auch weder mit dem römischen Beweisverfahren, noch mit der römischen Natur des Eides.

Als Gründe für den Ursprung der Gewissensvertretung aus dem römischen Prozessverfahren werden gewöhnlich folgende angeführt:

I. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit der Parteien l. 41. D. de R. J., d. h. Kläger und Beklagter geniessen gleiche Glaubwürdigkeit, und gleiches Recht und Verbindlichkeit zum Beweise ihrer Aussagen. Nun durfte der Kläger entweder beweisen, oder den Eid zuschieben, es musste also nach dem Princip der Rechtsgleichheit dieses auch dem Beklagten erlaubt sein.

Es lässt sich jedoch dieser Satz nicht so stellen, dass dem Beklagten auf die Eideszuschreibung der Beweis erlaubt wäre, und auf den Beweis des Klägers die Eideszuschreibung, welches letztere aus der Rechtsgleichheit der Parteien gefolgert, offenbar *ad absurdum* führen müsste; sondern diese Rechtsgleichheit gestattet vielmehr dem Beklagten, gegen den Beweis des Klägers einen Gegenbeweis zu führen, und

den ihm zugeschobenen Eid zurückzuschieben. Diese Fassung ist auch ausdrücklich in den römischen Gesetzen ausgesprochen, indem sie nur erlauben, den deferirten Eid anzunehmen oder zu referiren.

l. 38., l. 34. §. 6. D. de jurejur. (12. 2.)

Synoph. Basil. (12. 5.) cap. 35.

Offenbar sprechen alle diese Gesetze gegen die Gewissensvertretung.

II. Die subsidiäre Beweismatur des Eides, so dass man sich dessen nur bedienen dürfe, wenn jedes andere Beweismittel fehlt, dass deshalb die Gesetze Alles gestatten, wodurch der Eid vermieden wird, also auch die Gewissensvertretung.

Voet. ad Pand. l. 12. T. 2. Nr. 15.

Die subsidiäre Beweismatur des Eides wird von den meisten aus dessen Heiligkeit und engem Zusammenhange mit der Religion hergeleitet. Dass der Eid auch bei den Römern als etwas Heiliges angesehen wurde, berichtet schon Dionys von Halikarnass*), und schon

*) Dionys. antiq. rom. 2. 75: „adeo certe venerabilis et inviolabilis ea res est habita, ut sua cui-

in den XII Tafeln war die Rede von der Unverbrüchlichkeit des Eides.*)

Desshalb wurde dem Eide auch der Charakter eines litisdecissorischen Rechtsmittels beigelegt. Uebrigens ist, diese Heiligkeit des Eides zugegeben, der Eid doch nach römischem Rechte nicht subsidiärer Natur; denn das römische Recht kennt durchaus keine Beschränkung in der Wahl des Eides.

l. 25. §. 3. D. de probat. et praes. (22. 3.)

„In omnibus autem visionibus, quas proposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario de rei veritate jusjurandum inferre.“

Davon abgesehen dürfte der Streit über die subsidiäre Natur des Eides auf die Gewissensvertretung angewendet, ohne Bedeutung sein, denn gesetzt auch, der Eid wäre dieses, so müsste er es doch nur zunächst für den sein, welcher zuerst den Beweis zu führen hätte, also für den Deferenten, der Deferent selbst

que fides pro sanctissimo jurejurando et longe firmissimo testimonio fuerit.“

*) Cicero de off. III. 31.

kann aber als solcher niemals Gewissensvertreter werden.

III. Die Vergleichsnatur des Eides.
l. 2. D. de jurejur. (12. 2.) Da nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes der Eid einen Vergleich durch Uebereinkunft der Parteien enthält, so soll es dem Delaten auch freistehen, auf diesen Vergleich einzugehen, oder nicht, mithin den Eid anzunehmen, oder seine Nichtschuld auf andere Weise, also durch Beweis darzuthun, was alsdann die Gewissensvertretung wäre.

Allein die Vergleichsnatur des gerichtlichen Eides liegt darin, dass der Deferent den Eid anbietet, und der Delat sich über dieses Anerbieten erklärt, ob er es annehmen, oder von sich weisen will, also ob er den Eid zu acceptiren oder zu referiren gesonnen ist. Ein Vergleich ist erst vorhanden, wenn der Delat dieses Anerbieten angenommen hat, und die Wirkungen treten dann erst ein, wenn der Eid geleistet ist; also der geleistete Eid hat erst die Wirkungen eines Vergleichs. Wenn nun aber der Eid nur in Bezug auf seine Wirkung nach erfolgter Annahme oder Zurückschiebung

ein Vergleich ist, so geht daraus hervor, dass aus dieser Vergleichsnatur des Eides die Gewissensvertretung nicht abgeleitet werden kann, denn der Delat würde offenbar die Grenze dieses Vergleichs überschreiten, wenn er eine andere Entscheidungsart der Sache ohne Consens seines Gegners wählen wollte, d. h. es bestünde zwar ein Vergleich über Annahme oder Relation des Eides, nicht aber über die Wahl anderer beliebiger Beweismittel.

Die Eidesdelation an sich kann kein Vergleich sein, sowohl weil sie einseitig vom Defferenten geschieht, als auch weil es nicht immer in der Willkühr der Parteien steht, wann sie den Eid in Anwendung bringen wollen, sondern die Gesetze manches darüber bestimmt haben.

Hiemit vereinigt sich auch der Sprachgebrauch des Wortes *jusjurandum* in l. 2. D. de jurej., welches nach Analogie anderer Stellen l. 31, l. 21, 26. §. 2. u. l. 1. D. eod. stets nur für einen geleisteten Eid, nicht aber für die Eidesdelation gebraucht wird.

Bedenkt man dagegen das kurze Verfahren im römischen Processe durch die alten *legis-*

actiones und den neueren Formularprocess, ferner die römischen Interdikte, Mandate, Verfügungen des Prätor *de plano*, und die Verfahrensarten *extra ordinem*, sowie die vielen Massregeln gegen Chikane und Processverzögerung, als: *sponsio*, Verurtheilung zu doppelter Zahlung in gewissen Fällen des Längnens, ja sogar in manchen Fällen die Strafe der Infamie für den verurtheilten Beklagten, Gaj. IV. 182, dann gegen den Kläger: die Strafen des *plus* oder *minus petere*, das *judicium caluminae*, wenn er *in dolo* ist, *jusjurandum caluminae*, *contrarium judicium* oder Gegenklage des Beklagten, wenn er unschuldig war, die *restipulatio* als Gegensatz der *sponsio*, womit die schnelle Entscheidung der Rechtsstreite durch den Eid vollkommen übereinstimmt, und erwägt man ferner den Ausspruch des Prätors in l. 38. D. de jurejur.:

„*manifestae turpitudinis et confessionis est,*

„*nolle nec jurare, nec juramentum referre*“

bestätigt durch C. 9. de reb. cred. et jurej. (4. 1.), und Paul. recept. s. §. 1. (II. 1.); so muss man sogar behaupten, dass das Institut der Gewissensvertretung dem römischen Pro-

cessverfahren geradezu widerspricht, da sie nicht nur bedeutende Verzögerung der Entscheidung veranlasst, sondern auch den klaren Worten der Gesetze vollkommen entgegen wäre.

§. 5.

Ob die Gewissensvertretung im römischen Gerichtsgebrauche ihren Ursprung hat.

Es wird von mehreren Juristen behauptet, dass die Gewissensvertretung, wenn sie auch nicht aus dem römischen Rechte selbst abgeleitet werden könne, doch im römischen Gerichtsgebrauche existirt habe, und wenn auch der Prätor verordnet habe, dass ein zugescho-bener Eid entweder geleistet oder referirt werden müsse, so seien doch davon Ausnahmen gestattet, und ein solcher Eid könne aus speciellen, theils von den streitenden Parteien selbst, theils dem *forum*, theils der Klage entnommenen Gründen, über deren Haltbarkeit der Richter nach C. 12. §. 2. de reb. cred. (4. 1.) zu entscheiden habe, ohne Nachtheil von dem Delaten abgelehnt werden. Dass nun die Gewissensvertretung zu diesen Recusationsgründen gehört habe, soll aus einer

Stelle Quintilians instit. orat. Lib. V. cap. 6. hervorgehen.

„At is, qui defert, agere modeste videtur, cum litis adversarium judicem faciat, et eum cujus cognitio est, onere liberet, qui profecto alieno jurejurando stari, quam suo malit. Quo difficilior recusatio est, nisi forte res ea est, quam credibile sit, notam ipsi non esse. Quae excusatio, si deerit, hoc unum relinquetur, ut invidiam sibi quaeri ab adversario dicat, atque id agi, ut in causa, in qua vincere non possit, queri possit. Itaque hominem quidem malum occupaturum hanc conditionem fuisse, se autem probare malle, quae affirmet, quam dubium cuicumque relinquere, an peierarit.“

Malblank doctrina de jurejur. §. 59. führte zuerst diese Stelle an, und sucht daraus zu beweisen, dass die Gewissensvertretung den Römern bekannt und im römischen Processe üblich gewesen sei. Es ist auch nicht zu läugnen, dass darin von einem Auswege gegen einen zugeschobenen Eid durch Beweis die Rede ist. Allein es darf dabei der Begriff

unserer heutigen Gewissensvertretung nicht aus dem Auge verloren werden, welche überhaupt demjenigen den Beweis gestattet, welchem ein Eid zugeschoben ist, ohne den Unterschied zu machen, ob er der Kläger oder der Beklagte ist. Denn nach heutigem Civilprocesse kann nur der den Eid zuschieben, welchen die Beweislast trifft. Dagegen konnte nach römischem Processe jede der Parteien von der anderen verlangen, sie solle die Wahrheit ihrer Behauptung beschwören.

l. 9. §. 6 u. 7. l. 11. D. de jurejur. (12. 2.)

Wurde nun in einem Rechtsstreite demjenigen der Eid zugeschoben, welcher den Beweis zu führen hatte, so brauchte er diesen natürlich nicht eher anzunehmen, bis ihm sein Beweis mißlungen war, denn der Eid selbst als eine Rechtswohlthat konnte ihm nicht aufgedrungen werden. Dieses ist aber nicht die Gewissensvertretung nach jetzigen Begriffen, denn es wurde hiebei nicht der Eid durch den Beweis elidirt, sondern es sollte vielmehr der Beweis durch Eideszuschreibung überflüssig gemacht werden.

Durch diese Auslegung wird die Stelle aus Quintilian auch in Uebereinstimmung gebracht mit der oben §. 3. nr. 3. angeführten l. 30. pr. D. de jurejur., und beweist somit nichts anderes, als dass derjenige, welchem die Beweislast oblag, einen zugeschobenen Eid nicht nothwendiger Weise schwören musste, „sondern sich mit der alten Klage begnügen, und den damit verknüpften Beweis übernehmen konnte.“

Auch ist ja die andere Meinung, dass nach römischem Rechte der Beklagte zwischen einem zugeschobenen Eide und Beweis willkürlich wählen könnte, den römischen Gesetzen l. 34. §. 6 u. 7. D. de jurejur. gerade entgegen, und nicht wohl anzunehmen, dass Quintilian etwas den Gesetzen Widerstreitendes habe sagen wollen. Ausserdem ist diese Stelle nur eine Ausführung der am Anfange desselben Kapitels von Quintilian gemachten Eintheilung *), worin von einem Beweise auf

*) Gesterding, Nachforschungen VI. Bd. I. Abth. S. 126.

**) „*Jus jurandum litigatores aut offerunt suum, aut non recipiunt oblatum: aut ab adversario exigunt, aut recusant, cum ab ipsis exigatur.*“

Seiten des nicht beweispflichtigen Delaten statt des zugeschobenen Eides keine Rede ist.

Das Institut der Gewissensvertretung ist daher im römischen Rechte in der Art, wie es unser heutiger gemeiner Process kennt, nirgends aufzufinden.

§. 6.

B. Nach canonischem Rechte.

Bei den wenigsten Lehrern des canonischen Rechtes geschieht der Eidesdelation Erwähnung, weil die Abweichungen des canonischen Rechtes vom römischen in Beziehung darauf nur den aussergerichtlichen und promissorischen Eid betreffen, über den gerichtlichen assessorischen Eid aber behält das canonische Recht die römischen Recusationsgründe bei, und thut dabei der Gewissensvertretung keine Erwähnung. Mithin stellt es demjenigen, der schwören soll, auch nur die alternative, entweder zu schwören, oder den Eid zurückzuschieben. Um aber aus der subsidiarischen Beweisnatur des Eides, welche nach §. 4. nr. II. das römische Recht nicht anerkennt, ableiten

zu können, beruft man sich auf c. 2. X. de probat. (2. 19.)

„Sane apud vos consuetum esse didicimus, ut, cum aliquis intentionem suam fundaverit, instrumentis aut testibus introductis, ei sacramentum nihilominus deferatur: quod si subire noluerit, fides probationibus exhibitis non habetur: quod cum nulla sit ratione subnixum, sed manifeste legibus adversetur, quae tunc demum ad hujusmodi suffragium decurrendum esse decreverunt, cum alia legitime non suppetunt, talem consuetudinem reprobamus, nec ullam habere firmitatem deinceps sancimus.“

Dass diese Stelle nur von Eiden spricht, welche der Richter auferlegt, nicht aber von solchen, welche eine Partei der andern zuschiebt, ist unzweifelhaft. Auch handelt sie nur von unnöthigen Eiden, welche an sich unzulässig sind, was auch schon das römische Recht verordnet in C. 3. de reb. cred. (4. 1.) Die subsidiarische Beweismatur des Eides lässt sich aber nicht daraus ableiten, 1) weil sie überhaupt nur von der Ueberflüssigkeit eines Eides spricht, wo bereits auf andere Art be-

wiesen ist, und 2) weil sie die subsidiäre Natur des Eides nur darauf bezieht, wo bereits ein Beweis angetreten ist, und die Beweismittel nicht ausreichen. Von der ursprünglichen Wahl des Producenten aber, ob er seinen Beweis sogleich durch den Eid, oder andere Beweismittel antreten wolle, spricht c. 2. X. cit. nicht, enthält mithin auch kein Gebot, dass Producent seinen Beweis vorerst durch andere Beweismittel versuchen müsse, und erst, wenn diese nicht ausreichten, zum Eide seine Zuflucht nehmen dürfe, oder dass derselbe nur dann sogleich den Eid zum Beweisantritt wählen könne, wenn ihm erweislich alle übrigen Beweismittel fehlen. Vorausgesetzt nun, dass der Eid nach canonischem Rechte wirklich subsidiärer Natur sei, soll alsdann analog dem Rechtsgrunde, weil nämlich derjenige, welcher vollkommen bewiesen hat, nicht weiter mit einem Eide belastet werden darf, auch derjenige nicht mit einem Eide belastet werden, welcher sich erbietet, auf andere Art zu beweisen. Die *ratio legis* ist aber gewiss die, dass ein Eid über dasjenige, was schon bewiesen ist, überflüssig, mithin auch verwerflich

ist. Da aber bei der Gewissensvertretung noch nichts bewiesen ist, also auch der Eid nicht als überflüssig erscheint, so ist auch der Rechtsgrund in beiden nicht derselbe.

§. 7.

C. Nach deutschem Rechte.

a) Nach den Reichsgesetzen.

Die altdutschen Gesetze liessen den Eid nur zu, sobald jeder andere Beweis mangelte, verordneten aber keineswegs, dass, wenn einmal der Eid erkannt war, alsdann noch ein anderer Beweis versucht werden dürfe, eben weil sie den Eid nur dann zuliessen, wenn keine Möglichkeit eines anderen Beweises mehr vorhanden war *). Die Reichsgesetze selbst

*) Lex Visigothorum T. 22. — „*Judex, ut bene causam cognoscat, primum testes interroget, deinde scripturas inquirat, ut veritas certius posit inveniri, ne ad sacramentum facile veniatur. Hoc enim justitiae potius indagatio vera commendat, ut scripturae ex omnibus intercurrant, et jurandi necessitas sese omnino suspendat. In his vero causis juramenta praestentur, in quibus nullam scripturam vel probationem,*

blieben über die Eidesdelation bei den römischen und canonischen Bestimmungen. Einige Juristen *) wollen indess den Ursprung der Gewissensvertretung in C. G. O. II. 11. §. 2. finden. Aber diese Stelle sagt weiter nichts, als dass der, welchem der Reinigungseid zum Beweise seiner Unschuld auferlegt ist, aus besonderen Gründen nicht gehalten sein soll, am Orte des Gerichtes den Eid abzulegen, sondern dieses zu Hause, oder an einem anderen beliebigen Orte thun dürfe, und gehört mithin gar nicht hierher.

seu certa indicia veritas, discussio judicantis invenerit. In quibus tamen causis, et a quo juramentum detur, pro sola investigatione justitiae in judicis potestate consistat.“

Lex Bajuvar. In his vero causis sacramenta praestentur, in quibus nullam probationem discussio judicantis invenerit.

*) Seifart, deutsch. Reichsproc. c. XV. §. 2. 3. und Estor, Einleitung in den gem. und Reichsproc. I. §. 542.

§. 8.

b) Nach dem Gerichtsgebrauch.

Vor dem XIII. Jahrhundert war das Beweisverfahren in Deutschland auf folgende Art gestaltet: War der Beklagte nicht freiwillig geständig, so musste sich der Kläger regelmässig durch seinen Voreid zur Sache legitimiren. Der Gegner beschwor dann gewöhnlich das Gegentheil, indess war auch bei manchen Verhältnissen mit Rücksicht auf den Besitz bestimmt, welcher von beiden Theilen schwören durfte. Der Eid erschien als ein *beneficium* und wahres Beweismittel. In den meisten Fällen war dem Richter freier Wille gelassen, wenn unzureichender Zeugen- oder Urkundenbeweis vorhanden war, welcher Partei er den Eid zuerkennen wolle. Erst seit dem Eindringen des römischen Rechtes zwischen 1272 und 1493 ist auch ein überwiegender Einfluss des canonischen Rechtes bemerkbar hinsichtlich des Civilprocesses, und dieser nach den Grundsätzen geordnet, welche damals in den canonischen Rechtsbüchern angenommen waren, daher denn auch ausser den nothwendigen Eiden schon die Eidesdelation und Relation in

Gebrauch kam. Im Ganzen ging früher das deutsche Gerichtsverfahren dahin, die Processe schnell zu beenden, desswegen erschienen Kläger und Beklagter auch sogleich mit allen Beweismitteln vor Gericht. Beide Parteien mussten nach gestellter Klage sogleich ihre Aussagen beweisen, weil aber der Eid das schnellste Beweismittel war, wurden auch die meisten Civilstreitigkeiten dadurch entschieden. Nachdem aber diese einfache Procedur durch das römische und canonische Recht verdrängt war, und jetzt der Eid den Parteien nicht mehr auferlegt wurde, sondern sie denselben verlangen mussten, war der Schritt zur Gewissensvertretung natürlich, und dort ist auch ihr Anfang zu suchen. Mehrere Rechtsgelehrte des XVI. Jahrhunderts warfen erst die Frage auf, ob dem Delaten anstatt der Eidesleistung noch ein anderer Beweisweg offen stehe *). Duarenus meint a. a. O., dass diese Frage, welche Anfangs nur eine Controverse der

*) Duarenus comment. prior. ad Pand. de jurejur. Jason ad Instit. §. 11. (4. 6.) nr. 86. — Schneidewinus ad Instit. §. 11. (4. 6.) nr. 92.

Rechtsgelehrten war, aus der Interpretation der l. 34. §. 6 u. 7. u. l. 38. D. de jurejur. entstanden sei, weil sie sich auf die Interpretation des Ediktes beziehe.

„Simul cum quaestione, utrum ei, cui iusjurandum esset, etsi is, qui detulisset, nihilominus conditio jurisjurandi accipienda esset, nec ne, tractari solebat.“

Jason und Schneidewinus l. c. suchten die Gewissensvertretung theils aus Gründen der Billigkeit, theils aus Gründen der Religion und Heiligkeit des Eides zu unterstützen. Auch herrschte damals die Ansicht, der Eid sei nach römischem und canonischem Rechte nur ein subsidiäres Beweismittel, und man glaubte die Furcht vor dem Eide bei Manchem so gross, dass er lieber einen Process verlieren, als durch einen Eid entschieden wisse wolle, solchen Litiganten müsse also ein Ausweg durch die Gewissensvertretung verschafft werden; und darauf deutet auch der Name „Gewissensvertretung“ selbst hin. Indess scheint doch der Grund, welchen Quintilian l. c. anführt, dass Beweis mehr Ueberzeugung von der Wahrheit bewirke, als ein Eid, vorzüglich

auf die Entstehung der Gewissensvertretung eingewirkt zu haben, und in der That hat auch jede Gesetzgebung auf die Heiligkeit des Eides gewissenhaft Bedacht zu nehmen. Egger in seinem Entwurf einer allgemeinen bürgerlichen Process- und Gerichtsordnung, Einleitung zu Thl. II. B. 2. bemerkt darüber: „Wenn Eide mit einiger Zuversicht als Beweismittel gebraucht werden sollen, so müssen sie durchaus sehr selten stattfinden; daher sollen die Eide niemals Beweismittel sein, als wo und wiefern es keine anderen giebt.“ —

Die ersten Spuren der auf diese Weise entstandenen Gewissensvertretung finden sich im sächsischen Process. — Dass übrigens dieselbe schon lange vor ihrer Bestätigung durch die Gesetze in Sachsen gebräuchlich war, geht aus der ganzen älteren sächsischen Gesetzgebung hervor, welche von ihr nicht als von einem neu zu errichtenden Institut, sondern als von einem schon lange bestandenem spricht.

Constitut electorales P. I. c. 14. u. Ordo process. jud. Saxoniae vet. T. XIX. §. 2.

Ihre vollkommene Ausbildung in Sachsen erhielt die Gewissensvertretung durch die Ordo

proc. jud. Saxon. recognit. von 1724 in Tit. XIX.
§. 1 u. 2. Tit. XXX. §. 3. Tit. XXXII.

Mehrere sächsischen Processordnungen, besonders jene von 1622, waren so allgemein als trefflich anerkannt, dass sie selbst auf die Reichsgesetze zurück den grössten Einfluss äusser-ten *), und so ward die Gewissensvertretung nach dem Beispiele Sachsens zu gleicher Zeit auch in den übrigen Gerichten des deutschen Reiches eingeführt **).

§. 9.

Verhältniss des römischen Processes zum heutigen gemeinen Prozesse in Bezug auf die Gewissensvertretung.

Wie oben angeführt (§. 4. Nr. III.), liegen nach römischem Rechte l. 1 u. 2. D. de jurejur. l. 25. D. eod. l. 5. §. 2. D. de pecul. (15. 1.) in der Zuschreibung des Eides von Seite des eines Theiles, und Annahme von Seiten des anderen Theiles die Momente eines Vergleiches, wonach der Deferent seine Ansprüche aufge-

*) Praefatio ad J. H. Boehmeri exercit. ad Pand.
T. II. p. 111 ff.

**) Ummius process. judic. XIV. 45.

ben zu wollen erklärte, wenn der Delat das Lügen derselben mit einem Eide bekräftigen wird. Die Parteien haben sich nach erfolgter Annahme und Zuschiebung des Eides unter der Bedingung des zu leistenden Eides — *conditione delata sc. jurisjurandi* — mit einander verglichen. l. 3. pr. D. de jurejur. Ist der Eid geleistet, so ist der beschworene Streitpunkt für die Parteien als wahr anzunehmen, und der Process erscheint als sicherer beendigt, als durch ein Urtheil. l. 2. D. eod.

„Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem, quam res judicata.“

Denn die Bedingung ist nunmehr erfüllt, unter welcher der Vergleich abgeschlossen wurde.

Aus dieser Vergleichsnatur des Eides im römischen Rechte geht hervor, dass bei den Römern der Eid nicht als Beweismittel in Gebrauch war. Denn Vergleich und Beweis sind einander vollkommen entgegengesetzte Begriffe, weil ja der Vergleich jeden Beweis überflüssig macht. War aber der Eid wirklich ein Vergleich, so konnte der Delat auch nicht über die Bedingungen desselben hinausgehen, was

offenbar der Fall gewesen wäre, wenn er statt der gesetzlichen Bedingungen in l. 34. §. 6 u. 7. D. de jurej. die Gewissensvertretung hätte ergreifen wollen.

Die Gewissensvertretung war also consequent bei den Römern vollkommen unmöglich.

Nach unserem heutigen gemeinen Processe verhält sich jedoch die Sache anders.

Wenn man zwar auch leicht zugeben kann, um nicht in einen Wortstreit zu verfallen, dass der Eid auch jetzt noch die Wirkungen eines Vergleichs hat, so ist er doch bezüglich auf seinen Gebrauch unstreitig zu den Beweismitteln zu rechnen. Denn er kann nunmehr nur noch von dem zugeschoben werden, welchen die Beweislast trifft, er ist dazu bestimmt, wie jedes andere Beweismittel, dem Richter eine Ueberzeugung zu verschaffen, und unterscheidet sich in nichts von dem Zeugenbeweise, als dass der Schwörende mit Bewilligung des Gegners Zeuge in eigener Sache wird. Ebenso wird vom Richter darüber erkannt, wie über jedes andere Beweismittel. Ist der Eid nun aber ein Beweismittel, so kann dem Delaten nicht benommen werden sich darüber wie über

jedes andere Beweismittel zu erklären, und den Gegenbeweis, wie immer möglich, zu versuchen, mithin nicht allein durch Relation des zugeschobenen Eides, sondern auch durch Beweis überhaupt, was *eo ipso* die Gewissensvertretung ist.

Man kann daher die Gewissensvertretung durchaus nicht, wie es Gesterding thut *) für ein ungereimtes Ding erklären, „welches nur in Deutschland Glück machen könne“, sondern sie ist nicht einmal ein besonderes Rechtsinstitut, entspringt vielmehr unmittelbar aus der veränderten Natur des Eides, welche das ganze heutige Beweisverfahren durchdringt.

*) Nachforschungen Thl. VI. Abth. I. S. 127.

II. Kapitel.

Vergleichung der im gemeinen deutschen Civilprocess vorhandenen Lehrmeinungen über die Gewissensvertretung.

§. 10.

Begriff und Wesen der Gewissensvertretung.

Die Gewissensvertretung ist nach ihrer Entstehung nichts anderes, als der vom Delanten gegen den zugeschobenen Eid unternommene Beweis, oder die Erklärung desselben, er wolle die Unwahrheit der gegnerischen Behauptung durch andere Beweismittel als den deferirten Eid darzuthun versuchen.

Man hat sich von jeher darüber gestritten, ob die Gewissensvertretung als Haupt- oder als Gegenbeweis anzunehmen sei. Die erstere Ansicht wurde hauptsächlich von Gönner *) gegen Gensler **) aus dem Grunde verfochten,

*) Handbuch II. Abth. 48. §. 4 ff.

**) Comment. zu Martin II. Bd. S. 21.

weil in der Delation des Eides kein Beweis liege, folglich der Delat durch die Gewissensvertretung den Hauptbeweis übernehme. Dieser Ansicht ist auch Linde *) mit verschiedenen Modificationen beigetreten.

Die Frage ist an sich desshalb von praktischer Bedeutung, weil sich daraus bestimmen lässt, ob gegen die Gewissensvertretung ein Gegenbeweis zulässig ist, oder nicht.

Beweisen überhaupt, unterschieden von den Beweismitteln, ist jene Handlung einer Partei, wodurch sie dem Richter eine juristische Ueberzeugung von der Wahrheit ihrer Behauptung zu verschaffen sucht. Welche Partei die Beweislast zu übernehmen hat, wird durch den Richter normirt. Hat nach dem Beweiserkenntnisse der Kläger seine Klage zu beweisen, so nennt man dieses häufig den Hauptbeweis, und den Beweis der Unwahrheit des historischen Klaggrundes den direkten Gegenbeweis, wogegen der Beweis der Einreden indirekter Gegenbeweis genannt wird, wiewohl letzterer nach dem Axiom: „*reus excipiendo fit actor*“

*) Zeitschrift III. Bd. S. 1 ff.

auch ein wahrer Hauptbeweis ist, welcher, wie der Hauptbeweis des Klagfundamentes, einen Gegenbeweis zulässt. Beide Arten von Gegenbeweis haben übrigens den Zweck, die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit des Beweissatzes zu verhindern, welche durch den Hauptbeweis bewirkt werden soll. Jeder Gegenbeweis ist daher durch einen vorausgegangenen Hauptbeweis oder eine vorhandene Präsumtion bedingt. Bezüglich der Gewissensvertretung ist es nun unbestritten (§. 9.), dass die Eidesdelation als Beweismittel betrachtet wird, dass somit Deferent durch sie gerade so gut als durch übrige Beweismittel seinen Hauptbeweis antreten kann. Wiewohl nun durch die Ableistung des zugeschobenen Eides dieselbe Wirkung erzielt wird, als ob der Delat einen Gegenbeweis vollkommen erstellt hätte, so darf doch das Beweismittel (die Eidesdelation) mit dem Beweise nicht als identisch angesehen werden, oder das Mittel, wodurch die Handlung vollbracht wird, kann den Begriff der Handlung selbst nicht bestimmen, d. h. durch die Ableistung des deferirten Eides wird der Delat nie obsiegender Hauptbeweissfüh-

rer, sondern der Deferent wird nur dadurch probfällig. Diese Behauptung wäre auch gewiss höchst sonderbar, wenn man annehmen wollte, der Delat habe durch Ableistung des Eides einen Beweis erstellt, welchen er doch gar nicht angetreten hat.

Es kann mithin nicht wohl anders angenommen werden, als dass Deferent durch die Delation den Hauptbeweis angetreten habe, denn er hat auch wirklich nichts anderes gethan, als den Delaten zum Zeugen in eigener Sache aufgerufen, welchem Zeugniß durch die damit verbundene Anrufung Gottes ein solcher Grad von Glaubwürdigkeit beigelegt wird, dass hierdurch eine vollkommene Ueberzeugung des Richters bewirkt wird.

Wenn nun zwar vor Ableistung des deferirten Eides der durch die Delation angetretene Hauptbeweis noch nicht als erstellt zu betrachten ist, so soll doch durch die Gewissensvertretung dieser angetretene Hauptbeweis nur vorläufig suspendirt werden, da aber über dasselbe Beweisthema in einem Processe keine zwei Hauptbeweise stattfinden können, was jedenfalls eintreten müsste, wenn nach miss-

lungener Gewissensvertretung die Entscheidung des Processes wieder vom deferirten Haupteide abhinge, so ist die Gewissensvertretung nothwendig ein Gegenbeweis, und da sie sich nur über denjenigen Beweissatz verbreiten kann, worüber der Eid deferirt wurde, ein direkter Gegenbeweis.

§. 11.

Für wen, und wann ist die Gewissensvertretung zulässig?

Da die Gewissensvertretung nach gemeinem Process die Ableistung des deferirten Eides ersetzen soll, so ist dieselbe im Allgemeinen dem Delaten jedenfalls gestattet. Diese Befugniss ist beim Schiedseide dem Delaten auch allgemein zuerkannt. Von manchen Juristen wird diese Befugniss sogar dem Relaten aus dem Grundsätze der Rechtsgleichheit der Parteien zuerkannt. Allein man muss diese Ansicht verwerfen. In l. 34. §. 7. D. de jurejur. verordnet das römische Recht:

„Datur autem et alia facultas reo, ut si malit, referat jusjurandum: et si is, qui petit, conditione jurisjurandi non utetur, judi-

cium ei Praetor non dabit; aequissime enim hoc facit, cum non deberet displicere conditio jurisjurandi ei, qui detulit.“

Der dieser Anordnung unterstellte Grund wird auch durch die veränderte Ansicht über die Natur des Eides, wonach dieser nach hentigem Rechte ein vollkommenes Beweismittel ist, durchaus nicht geschwächt: denn so wenig sich Deferent einem referirten Eide entziehen kann, wenn man diesen als Vergleichsvorschlag betrachtet, ebenso wenig kann er sich eines referirten Eides als Beweismittel entschlagen, da er dasselbe wie den Vergleichsvorschlag selbst gewählt hat. Ausserdem aber, dass die Gewissensvertretung dem Relaten durch dieses klare Gesetz versagt ist, würde sie sich auch durchaus nicht mit unserem, auf die Eventualmaxime gebauten Processgange vertragen, indem sonst dem Relaten durch Gestattung der Gewissensvertretung zugleich die Gelegenheit geboten wäre, bereits präcludirte Beweismittel nachzubringen. Die Rechtsgleichheit der Parteien spricht mithin mehr gegen die Gewissensvertretung des Relaten, als dafür.

Bei der Frage, wann die Gewissensvertretung beim Schiedseide zulässig ist, hat man die Unterscheidung gemacht, ob derselbe principaliter zugeschoben ist, oder ob er eventuell mit anderen Beweismitteln cumulirt erscheint, und hier wieder, ob der Delat gegen den vor der Eidesdelation vom Producenten, resp. Deferenten, geführten Beweis schon einen Gegenbeweis versucht hatte, oder nicht.

Die Statthaftigkeit der Gewissensvertretung bei einem principaliter zugeschobenen Schiedseide unterliegt keinem Zweifel. Konnte dagegen

A) weder der Deferent durch seinen vorher versuchten Beweis, noch der Delat durch seinen dagegen geführten Gegenbeweis dem Richter eine Ueberzeugung beibringen, und Producent schiebt nun noch einen Eid zu, so wird behauptet, dass nun keine Gewissensvertretung mehr statthaft sei, und zwar:

1) der Eid wäre zwar nach c. 2. X. de probat. (2. 19.) erst dann anzuwenden, *cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur*; allein durch den Gegenbeweis habe der Delat schon alle Beweismittel vorgebracht; seien

diese als Gegenbeweismittel unzulänglich gewesen, so leuchte ja schon eben dadurch ein, dass sie auch zur Gewissensvertretung unzulänglich sein würden, besonders da Product nicht leicht bei Führung seines Gegenbeweises Beweismittel versäumen wird, um sich derselben zur Gewissensvertretung zu bedienen, indem er ja schon durch einen gelungenen Gegenbeweis bewirken kann, was die Gewissensvertretung in Absicht hat, nämlich den eventuell zugeschobenen Eid zu vermeiden. Die Eidesleistung bliebe also hier das *ultimum remedium* der Parteien. Gensler *) äussert sich in derselben Art, indem er sagt, dass die faktischen Beweisgründe jenes eigentlichen Gegenbeweises als Gewissensvertretung dienen, resp. als vollkommen jenen und jeden Eid verhindernd.

Wenn man auch zugeben muss, dass durch solches Verfahren Weitläufigkeit des Processganges vermieden würde, so ist sie doch inconsequent. Denn der Delat ist in solchem Falle nur als Gegenbeweisleiter mit anderen

*) Archiv für Civ.-Prax. I. Bd. S. 159. 160.

Beweismitteln präcludirt, nicht aber als Gewissensvertreter, und eine Präclusion erstreckt sich nur auf eine bestimmte Handlung einer Partei in einer bestimmten Eigenschaft. Auch kann ja der früher versuchte Gegenbeweis ein indirekter gewesen sein, während die Gewissensvertretung ein direkter ist, und jede Partei ist nur damit präcludirt, was sie in einem bestimmten Processstadium, wo sie es thun musste, unterliess.

2) Die Rechtsgleichheit der Parteien wird ebenso wenig dadurch gestört, dass dem Producten bei der eventuellen Eidesdelation noch die Gewissensvertretung erlaubt wird, denn der Gegenbeweis entspricht nur dem vorhergeführten Hauptbeweis des Deferenten, und die Gewissensvertretung wird alsdann Vertheidigungsmittel gegen das neue Beweismittel des Producenten, nämlich gegen den von demselben deferirten Eid.

Würde die Gewissensvertretung gegen die eventuelle Eidesdelation dann untersagt, wenn der Delat schon vorher einen Gegenbeweis versucht hatte, so müsste man sie consequent auch in anderen Fällen verbieten, wo er kei-

nen Gegenbeweis versuchte, wo also Delat ganz blosgestellt sein würde. Es ist aber gewiss unrichtig, dass der, welcher einen Gegenbeweis geführt hat, wozu er gar nicht verpflichtet war, deshalb weniger Recht zur Gewissensvertretung haben sollte, als jener, welcher den Gegenbeweis versäumt, um ihn durch die Gewissensvertretung nachzuholen.

B) Hatte der Delat vorher keinen Gegenbeweis geführt (wozu er auch nicht gezwungen werden kann), so kann ihm die Gewissensvertretung desswegen nicht entzogen werden, weil ihm, so gut als dem Producenten eine eventuelle Eidesdelation zusteht, auch eine eventuelle Gewissensvertretung gestattet sein muss. Freilich ist dem Delaten bei dem *in eventum* zugeschobenen Eide die Gewissensvertretung *ipso jure* zu entziehen, wenn schon durch das vorhergehende Beweisverfahren der Streit entschieden ist, somit der eventuelle Eid überflüssig geworden ist, oder wenn er sich erst zur Gewissensvertretung erbietet, nachdem die peremptorische Erklärungsfrist über den deferirten Eid unbenützt verstrichen ist.

Eine zweite Art der Eide sind die *juramenta necessaria*, welche sich die eine Partei gefallen lassen muss, wenn sie der anderen vom Richter auferlegt werden, nämlich der Erfüllungs- und Reinigungseid. Während die Delation des Haupteides nur so lange stattfindet, als die Beweisfrist noch nicht verstrichen ist, dürfen diese Eide erst dann auferlegt werden, wann die Beweisfrist abgelaufen, und die Herstellung eines besseren Beweises nicht mehr möglich oder nicht mehr zulässig ist; denn nur unter diesen Voraussetzungen befindet sich der Richter in jenem Nothstande, welcher ihn zur Benützung dieser Eide berechtigt. Daraus erklärt es sich leicht, warum über sie keine Gewissensvertretung zulässig sein kann, weil sonst gegen die Eventualmaxime bereits versäumte Beweismittel nachgebracht werden dürften. Nur nach erfolgter *restitutio in integrum*, wegen neu aufgefundener Beweismittel, liesse sich die Anwendbarkeit der Gewissensvertretung vertheidigen.

Bei der dritten Art von Eiden, wo eine Partei (wie bei dem *jusjurandum in litem*, *Zenonianum*) ohne vorhergehenden Antrag ihres

Gegners oder Auflage des Richters, zur eidlichen Bestärkung einer Behauptung gesetzlich befugt ist, wird die Gewissensvertretung an sich schon unnöthig, weil die Partei hier selbst schon, in der ihr gelassenen Wahl zwischen Beweis und Eid, sich für letzteren entschied.

§. 12.

Ob gegen die Gewissensvertretung ein Gegenbeweis zulässig ist.

Die Beantwortung der Frage, ob gegen die Gewissensvertretung ein Gegenbeweis zulässig ist, oder nicht, muss sich natürlich im Allgemeinen darnach richten, ob man die Gewissensvertretung für einen Haupt- oder Gegenbeweis hält. Die Meinungen der Juristen sind desshalb auch hierüber verschieden.

I. Einige gestatten gegen die Gewissensvertretung gar keinen Gegenbeweis, weil sie von der Meinung ausgehen, sie sei selbst schon ein Gegenbeweis, wogegen kein weiterer Gegenbeweis zulässig ist „*reprobatio reprobationis non datur*“ *).

*) Malblank de jurejur. §. 58. — Oelze, Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 215. — Danz Proc.

II. Andere theilen die Frage in zwei Punkte, ob nämlich von einem Gegenbeweis gegen eine Gewissensvertretung die Rede sei, welche über einen *principaliter* deferirten Eid unternommen wird, oder über einen eventuell neben anderen Beweismitteln zugeschobenen *).

III. Andere unterscheiden, ob die Gewissensvertretung ganz gelungen sei, oder nicht, und wollen gegen eine gelungene Gewissensvertretung keinen Gegenbeweis zulassen, wollen aber über eine halb oder weniger als halb gelungene Gewissensvertretung den Reinigungs- oder Erfüllungseid auferlegt wissen **).

ad I. a. Gegen die Zulässigkeit des Gegenbeweises gegen die Gewissensvertretung im Allgemeinen wird angeführt, dass Deferent durch die Eidesdelation auf alle Beweismittel von seiner Seite Verzicht leiste. Hiergegen wird eingewendet, dass dieser Verzicht des

§. 380. — Hofacker princip. prax. T. III. §. 4519.

A. 15. — Schaumburg princ. §. 13. — Knorr, Einleitung zum Proc. §. 27. — Gensler, Commentar v. Morstadt II. S. 217. S. 21.

*) Linde, Zeitschrift IX. Bd. S. 401 ff.

**) Günther princ. jur. civil. §. 1233.

Deferenten stillschweigend nur für den Fall gelte, wenn der Streit wirklich durch den Eid entschieden werde, Delat also den Eid wirklich leiste. Es werde aber dadurch, dass Delat sich zur Gewissensvertretung wendet, der ganze Stand des Processes verändert, indem sich dieser selbst zum Hauptbeweisleiter umschaffe, während er vorher nur Product gewesen sei. Wähle dieser nun Beweismittel, welche einen Gegenbeweis zulassen, so müsse er sich zugleich auch diesen Folgen unterwerfen. Deferent sei übrigens auch nur als Producent mit seinen übrigen Beweismitteln präcludirt, nicht als Product, als welcher er dem Gewissensvertreter gegenüber erscheine.

Den Verzicht des Deferenten auf alle übrigen Beweismittel muss man indessen als unbedingt annehmen, denn eben durch die Delation erklärt derselbe bestimmt, dass er den Streit durch den Eid entschieden haben wolle. Wie nun aber Delat sich über die geschehene Delation erklären will, hängt nicht vom Deferenten ab, da dieser sich schon über den zu beschwörenden Satz erklärt hat, und ihm auch bekannt sein musste, dass die Gewissensver-

vertretung dem Delaten gesetzlich gestattet ist, und er somit den Fall der Gewissensvertretung voraussehen musste. Deferent wird auch durch die Gewissensvertretung nicht im Geringsten benachtheiligt, weil diese sich nur über den zu beschwörenden Beweissatz verbreiten darf, dessen Beweis Deferent schon durch die Delation angetreten hat. Die Idee, dass Deferent durch die Gewissensvertretung in den Proccen verwandelt werde, ist bereits dadurch widerlegt, dass die Gewissensvertretung nicht als Hauptbeweis, sondern nur als Gegenbeweis anzusehen ist.

b. Wollte man dem Deferenten gegen die Gewissensvertretung noch einen Gegenbeweis gestatten, so wäre dieses für ihn eine erwünschte Gelegenheit, versäumte und präcludirte Beweismittel nachzubringen, ganz gegen das Verbot der Eventualmaxime.

ad II. Die Ansicht, dass gegen die Gewissensvertretung, welche gegen einen principaliter deferirten Eid unternommen wird, jedenfalls ein Gegenbeweis zulässig sei, hängt mit der weiteren Ansicht zusammen, dass Deferent durch die Delation die Beweislast auf den De-

laten hinübergewälzt, dass somit dieser durch die Gewissensvertretung Hauptbeweiskführer werde, gegen diesen Hauptbeweis aber ein Gegenbeweis nicht verweigert werden könne. Allein gerade durch diese Zusammenstellung mit der Frage, ob gegen eine Gewissensvertretung, die über einen eventuell neben anderen Beweismitteln deferirten Eid unternommen wird, ein Gegenbeweis zulässig sei, geht recht deutlich hervor, dass dem Deferenten die Last des Hauptbeweises verbleibe, weil ja sonst, sobald Deferent seinen Beweis auch mit anderen Beweismitteln angetreten hat, nicht nur er allein durch diese Beweisführung mittelst anderer Beweismittel, sondern auch Delat durch die Delation Hauptbeweiskführer sein würde, somit in demselben Rechtsstreite über denselben Punkt die Hauptbeweisklast beide Parteien treffen könnte, was aber gegen alle Processregeln verstösst. Man muss daher behaupten, dass die Gewissensvertretung in beiden Fällen ein Gegenbeweis, und zwar ein directer Gegenbeweis ist (weil er gegen dasselbe Beweisthema gerichtet ist, worüber der Eid deferirt wurde), wogegen durchaus nur in solchen

Fällen ein weiterer Gegenbeweis gestattet wird, in welchen überhaupt Gegenbeweis gegen Gegenbeweis zulässig ist, also namentlich wo der erste Gegenbeweis auf künstliche Art angetreten wurde.

ad III. Von dem Umstande, ob die Gewissensvertretung ganz oder theilweise gelungen sei, kann es nicht wohl abhängig sein, ob ein Gegenbeweis zugelassen werden soll. Denn wenn ein Gegenbeweis überhaupt statthaft wäre, so könnte ja die Gewissensvertretung solange noch gar nicht als gelungen angesehen werden, bis der Gegner seinen zuständigen Gegenbeweis geführt, oder ihn versäumt hatte. Denn es kann wohl ein Beweis für den Richter überzeugend sein, solange noch kein Gegenbeweis geführt ist, der es aber alsdann nicht mehr ist, sobald ihn der Gegenbeweis entkräftet. Die Gewissensvertretung könnte daher vor geführtem oder desert gewordenem Gegenbeweis niemals als absolut gelungen angesehen werden, als absolut misslungen ohnediess nur dann, wenn sie dem Richter gar keine Ueberzeugung giebt, indem selbst ein weniger als halber Beweis durch die nothwen-

digen Eide zum vollkommenen Beweis erhoben wird, wenn ihn der Gegenbeweis nicht entkräftete.

Sobald man also zugeben wollte, dass überhaupt ein Gegenbeweis gegen die Gewissensvertretung möglich wäre, müsste er ja schon bereits vorhanden oder desert sein, um die Gewissensvertretung als gelungen annehmen zu können; ist er aber schon geführt oder desert, so kann es sich nicht mehr um seine Zulässigkeit handeln.

Betrachtet man nun, wie man muss, den Gewissensvertreter als Gegenbeweiskührer, so muss man annehmen, dass beide Theile, nämlich Deferent durch die Delation, und Delat durch die Gewissensvertretung, über denselben Beweissatz, bereits ihre Beweise beigebracht und sich hinreichend vertheidiget haben, dass mithin ein weiterer Gegenbeweis gegen die Gewissensvertretung der Eventualmaxime widerstreitet, ausgenommen in den oben angeführten Fällen, in welchen aus anderen Gründen ein weiterer Gegenbeweis im gemeinen Processe zugelassen wird.

§. 13.

Welche Beweismittel dürfen zur Gewissensvertretung verwendet werden?

Da die Gewissensvertretung im Allgemeinen von der Natur eines Gegenbeweises nicht abweicht, so muss auch angenommen werden, dass für sie die Grundsätze über Gegenbeweismittel gelten, dass sie mithin durch Zeugen, Urkunden, Augenschein und dergleichen geführt werden kann. Wenn man aber dagegen behauptet, dass der Gewissensvertreter sich der Eidesdelation nicht als Beweismittel bedienen dürfe, so muss diess insofern richtig sein, als darin nur ein Zurückschieben des Eides liegen würde. Dieses soll nun nicht der Fall sein, sobald die Gewissensvertretung durch künstlichen Beweis geschieht, und der Gewissensvertreter seinem Gegner den Eid über Prämissen deferirt. Allein ein künstlicher oder indirekter Beweis ist bei der Gewissensvertretung niemals zulässig, da dieselbe stets ein direkter Gegenbeweis sein muss, dessen Beweisthema durch den Beweissatz, worüber der Eid deferirt wurde, schon normirt ist.

*) S. oben §. 10. a. E. S. 41.

Bei der Gewissensvertretung, welche gegen einen eventuell deferirten Eid gerichtet ist, soll der Zeugenbeweis dann nicht zulässig sein, wenn der Gegner seinen Beweis schon durch Zeugen geführt hat, weil eine Subornation der Zeugen zu befürchten sei, und weil die Nov. 90. c. 4. §. 1. Clement. 2. de testib. (2. 8.) u. c. 18. 19. 25. X. (2. 20.) ausdrücklich verbiete, nach unternommenem Zeugenbeweis und Eröffnung des Zeugenrotuls über den nämlichen Beweissatz, für oder wider, nochmals Zeugen zu produciren *). Diese, aus Furcht einer Zeugen-subornation hervorgegangene Beschränkung des Gebrauchs von Zeugen findet sich aber im gemeinen Rechte überhaupt bei jedem Gegenbeweise, und ist mithin, auf die Gewissensvertretung bezogen, nichts Ungewöhnliches. Wenn daher der Gewissensvertreter die Unwahrheit desselben Beweissatzes erweisen will, über dessen Wahrheit bereits Defe-
rent einen direkten, nicht künstlichen Beweis durch Zeugen versucht hatte, so ist ihm die Benützung von Zeugen für seinen direkten

*) Linde, Zeitschr. IX. Bd. S. 420. 421.

Gegenbeweis, sobald sie über denselben Punkt, wie die vom Deferenten producirten Zeugen aussagen sollen, nicht gestattet, weil dadurch allerdings eine verbotene Subornation möglich würde.

War aber der Zeugenbeweis des Deferenten ein künstlicher, so sollten ja dadurch nur die Prämissen durch Zeugen bewiesen werden, und diese werden sich nicht leicht auf denselben Punkt beziehen, worauf die Gewissensvertretung zu richten ist, wesshalb unter dieser Voraussetzung der Anwendung des Zeugenbeweises für die Gewissensvertretung nichts im Wege stehen wird.

Indess kann die Gewissensvertretung nicht durch einen Zeugen, sowie überhaupt nicht durch unzulängliche Beweismittel angetreten werden, denn sie tritt an die Stelle des Eides, als eines vollen Beweismittels, ein Zeuge aber wird nur selten einen vollen Beweis liefern; denn es wäre alsdann schon im voraus klar, dass es am Ende doch noch entweder zum deferirten Schiedseid, oder zu einem Notheide kommen müsse, wodurch die Gewissensvertre-

tung nur eine zwecklose und unstatthafte Processverzögerung würde *).

§. 14.

Von den Wirkungen der Gewissensvertretung.

In der Theorie sowohl, als in der Praxis, resp. den einzelnen Processordnungen der verschiedenen Länder Deutschlands, bestehen über die Folgen und Wirkungen der Gewissensvertretung vielfach divergirende Ansichten. Der Gewissensvertreter soll nach der einen Meinung unter keiner Bedingung wieder zum Rücktritt zum Eide zugelassen werden, während es nach einer anderen Meinung ausdrücklich nicht für Ablehnung des Eides gilt, wenn er bloss bedingt für den Fall einer vollkommen gelungenen Gewissensvertretung abgelehnt wird, indem er hierdurch für den Fall einer nicht vollständig gelungenen Gewissensvertretung angenommen werde. Verzicht auf die Gewissensvertretung oder Desertwerden derselben, halten Einige für Recusation, Andere für Ac-

*) Overbek medidat. §. 544. — Estor, Einleitung zum Process §. 547.

ception des deferirten Eides. Nach gänzlich misslungener Gewissensvertretung gestatten Einige noch die Acceptation oder Relation des Eides, eben so nach unvollständig gelungener Gewissensvertretung, Andere gestatten nur noch die Acceptation des Eides, oder die Auflage eines Reinigungs- oder Erfüllungseides.

Man sieht hieraus, wie schwankend diese Lehre ist, und dass man sich nur durch Festhalten an bestimmten Grundsätzen auf dem rechten Wege erhalten kann. Folgende Punkte dürften sich indess als Führer durch dieses Labyrinth vertheidigen lassen.

Vor Allem ist festzuhalten, dass die Gewissensvertretung ein direkter Gegenbeweis ist, und dass daher in dieser Beziehung Alles gilt, was über die Natur dieses Gegenbeweises überhaupt feststeht.

Ist daher

1) die peremptorische Frist zur Erklärung des Delaten über den zugeschobenen Eid verstrichen, so ist natürlich damit auch die Frist zur Erklärung über die Gewissensvertretung abgelaufen und die Gewissensvertretung selbst versäumt, weil die Erklärung über die Gewis-

sensvertretung nur ein der drei verschiedenen, dem Delaten zustehenden Rechtswege ist, nämlich den deferirten Eid anzunehmen, zurückzuschieben, oder sein Gewissen mit Beweis zu vertreten. Es muss dann angenommen werden, der Delat habe den Eid nicht schwören können, oder keinen Gewissensvertretungsbe-
weis erstellen können, und es tritt die *poena confessi* ein.

2) Wie jeder direkte Gegenbeweis muss sich die Gewissensvertretung über das Beweisthema erstrecken, und hier sonach gerade über den Punkt, worüber der Eid deferirt wurde, weil sonst der Eid durch die Gewissensvertretung nicht ersetzt werden könnte. Der Deferent giebt mithin schon durch die Delation das Beweisthema an *).

3) Hinsichtlich der Fristen gelten dieselben Bestimmungen, wie beim Haupt- und direkten Gegenbeweis. Der Deferent kann also von der Erklärung des Delaten, ob er den deferirten Eid annehmen, referiren, oder sein Ge-

*) Estor l. c. §. 550. I. und Westphals Rechtsgutachten I. Bd. §. 21.

wissen mit Beweis vertreten wolle, den Eid selbst wieder zurücknehmen. Hat aber Delat einmal den Eid *pure* angenommen, oder referirt, so darf er dann eben so wenig noch die Gewissensvertretung wählen, als er im ersten Falle den Eid referiren, und im letzteren denselben noch annehmen kann *).

4) Wenn derjenige, welcher sein Gewissen mit Beweis vertritt, gar nichts bewiesen hat, oder wenn die Gewissensvertretung gänzlich misslungen ist, so fragt es sich, ob er den zugeschobenen Eid wieder aufgreifen, und also annehmen oder zurückschieben dürfe?

Viele Juristen bejahen diese Frage unbedingt **). Sofern es sich darum handelt, ob

*) Estor l. c. §. 554. — l. 34. §. 7. D. de jurejur. (12. 2.) C. 12. §. 2. de reb. credit. (4. 1.)

**) Mevius deciss. P. VI. d. 168. — Ludovici Einleitung zum Proc. c. 19. §. 36. — Cocceji de jurejur. quaest. 29. — G. L. Boehmer princ. jur. canon. L. 4. p. 1. S. 3. T. 15. §. 856. — Danz Proc. §. 381. — Carpzon. P. I. const. 14. def. 18. 19. — Brunemann ad Dig. l. 30. D. (12. 2.) — Struvius exercit. 17. §. 33. — Stryk usus mod. T. de juram §. 25. — Lauterbach de relat. juram.

nach Rechtsprincipien dieser Rücktritt zum deferirten Eide überhaupt zulässig sei, muss man dieser Meinung auch beistimmen. Es ergiebt sich die Rechtfertigung dafür aus der Natur und dem Zwecke der Gewissensvertretung, da nämlich die Gewissensvertretung beabsichtigt, das Gegentheil desjenigen Satzes, worüber der Eid deferirt ward, zu erweisen, so muss dem Gewissensvertreter zur Erreichung seiner Absicht auch die Befugniss zustehen, sobald er durch Zeugen oder Urkunden den beabsichtigten Beweis gar nicht erbringen konnte, den Eid noch anzunehmen oder zurückzuschieben, da man nicht behaupten kann, dass sich der Delat durch Uebernahme der Gewissensvertretung seiner ihm durch die Delation eingeräumten Rechte (der Acceptation oder Relation des Eides) begeben habe. Die Wahl des Eides schliesst zwar den Rücktritt zur Gewissensvertretung aus, da Delat dadurch

§. 20. — Leyser spec. 139. corr. 3. — Bayer Votr. S. 532. — Linde Abh. I. S. 75 ff. — Gönner Handbuch II. S. 498. Abh. II. 29. — Martin Lehrbuch §. 228. — Estor l. c. §. 550. 551.

seinen Beweismitteln entsagt hat, nicht aber die Wahl der Gewissensvertretung den Rücktritt zum Eide, weil Delat durch die Gewissensvertretung nur erklärt, dass er lieber beweisen wolle als schwören, nicht aber, dass er, wenn er seinen Beweis nicht erstellt, von dem deferirten Eide ausgeschlossen sein wolle. Denn es findet ja auch nach gemeinem Rechte der Eid noch dann statt, wenn jemand einen Beweis unternommen, aber ihn nicht vollkommen erstellt hat, und ein solcher wird nicht als darauf verzichtend angesehen.

Indess kann dem Delaten resp. Gewissensvertreter diese Wahl doch nicht in der Art eingeräumt werden, dass er unbedingt nach gänzlich misslungener Gewissensvertretung den Eid wieder aufnehmen könnte, sondern man muss behaupten, dass dieser Rücktritt zum Eide nur dann statthaft ist, wenn Delat bei der Erklärung über den deferirten Eid sich dieses ausdrücklich vorbehalten hat, weil die Gewissensvertretung an sich selbst nichts anderes ist, als eine Erklärung über die Eidesdelation, ebenso wie die Acceptation und Relation (§. 9.) und weil nach der Eventualmaxime sämtliche

dergleichen Erklärungen wie die Beweismittel zugleich vorgebracht werden müssen, wenn sie nicht präcludirt sein sollen.

5) Hat sich der Gewissensvertreter in seinem Beweise versäumt, dann ist, nach verstrichener Beweisfrist, die Gewissensvertretung desert, und der Eid zugleich nach Nr. 4. als verweigert zu achten. Wollte man dem Delaten, auch wenn er die Gewissensvertretung desert werden liess, noch gestatten, den Eid anzunehmen, oder zurückzuschieben, so wäre damit gewiss nur muthwilligen Processirern Vorschub geleistet, denn wer die Gewissensvertretung nicht durchführen will, dem stand es ja gleich Anfangs frei, den deferirten Eid anzunehmen, oder zurückzuschieben, oder sich wenigstens den Eid eventuell vorzubehalten.

6) Ist die Gewissensvertretung gegen den Delaten ausgefallen, so ist nach allen Regeln des Beweises für den Deferenten zu entscheiden.

7) Ist aber die Gewissensvertretung vollkommen gelungen, so ist dadurch der deferirte Eid überflüssig gemacht, und gegen den Deferenten zu entscheiden.

8) Für den Fall, dass der Gewissensvertreter keinen vollkommenen Beweis geliefert hat, müsste nach den allgemeinen Grundsätzen über Beweis und Gegenbeweis der Erfüllungs- und beziehungsweise der Reinigungseid auferlegt werden. Doch muss man hier der Billigkeit wegen dem Gewissensvertreter die Wahl lassen, ob er zum deferirten Eide zurückkehren, und auf das Resultat seiner Beweisführung verzichten will, oder nicht, weil ihm ja auch (Nr. 4.) bei gänzlichem Misslingen der Gewissensvertretung der Rücktritt zum deferirten Eide noch gestattet ist, und er sich sonst in einer nachtheiligeren Lage befinden würde, als wenn er gar nichts bewiesen hätte.

Wiewohl auf diese Art die Gewissensvertretung nicht nur in dem Wesen des gemeinen deutschen Processes begründet erscheint, sondern auch als zweckmässiges Mittel angesehen werden muss, das Gewissen des Delaten so lange mit einem Eide zu verschonen, als er die Unwahrheit des Beweissatzes auf andere Art erweisen zu können glaubt; so ist es daneben doch auch als höchst nothwendig zu

bezeichnen, dass die möglichst rasche Beendigung der Rechtsstreite, und die dadurch gebotene Einhaltung peremptorischer Fristen für die einzelnen Parteihandlungen nicht ausser Auge gelassen, und dass die Gewissensvertretung dem Processsystem auf eine Weise angepasst werde, dass jede Verzögerung und Wiederholung von Partei- und Gerichtshandlungen möglichst vermieden werde. In diesem Sinne war auch schon durch die Reichsprocessordnung (Tit. XVIII. §. 1.) es mit Strafe bedroht, wenn jemand leichthin und ohne Erfolg die Gewissensvertretung unternahm, weil solche Versuche eine unnütze und gefährliche Processverzögerung enthalten.



Darmstadt, gedruckt bei C. W. Leske.

Kurz, H. C.

Darstellung des Rechtes der Gewissens-Vertretung im gemeinen deutschen
Civilprocess nach seinem Ursprung und in den heutzutage anzunehmenden
Grundsätzen Inaug. abhandlung

Aschaffenh. 1843

Diss. 2129,2

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10850930-0